P O R

DON PEDRO GONZALEZ Galindo, marido de doña Aldonça Fernandez de Castilla.

C O N

Doña Maria de Tebar su madre, viuda de Pedro Gonçalez Galindo.

S O B R E

El amparo de la possession que se ha dado al dicho don Pedro del juro de dos mil fanegas de trigo de renta del Marquesado de Villena, y las casas principales, y accessorias de la calle de Alcala, y otras principales que ay en la villa de Sanclemente, y de la mitad de los demas bienes del mayorazgo hecho el año de 634. por la parte que toca al dicho Pedro Gonçalez Galindo, y de los bienes libres que quedaron por su muerte, en que fue instituido por heredero.

DON Pedro pretende ser amparado en la possession que tiene tomada, assi de los bienes del mayorazgo de las capitulaciones matrimoniales, y de la mitad del hecho el año de 34. ante Francisco Suarez, como delos bienes libres, que como a vno de dos hijos, y herederos de su padre le pertenecen.

Doña Maria su madre, como legitima contraditora que supone ser, y vsufructuaria por sus dias de todos los bienes pertenecientes al dicho su marido, pretende se le ha de denegar el dicho amparo, y reponer la dicha possession.

Quatro pedimientos se hizieron por don Pedro, que son a los que han de corresponder los autos.

El primero fue, sobre que se le diesse la possession del dicho

juro

juro, casas principales, y accessorias desta villa, y la de san Clemente, del mayorazgo irreuocable hecho en las dichas capitulaciones por causa onerosa del matrimonio contraydo con la dicha doña Aldonça, y se le mandò dar por la informacion que dio de como estaua casado con la dicha doña Aldonça.

El segundo sobre la possession de la mitad de los bienes pertenecientes al dicho Pedro Gonçalez Galindo, del mayorazgo que el, y la dicha su muger fundaron en el dicho don Pedro su hijo, por auer muerto el dicho su padre, y quedado perfecto, è irreuocable en quanto a su mitad, que tambien se le dio con vista del dicho mayorazgo, e informacion sumaria de ser su hijo mayor.

El tercero, sobre la possession pro indiuiso que pidio de la mitad de los bienes libres, fuera de los comprehendidos en los dichos mayorazgos, en que por iguales partes instituyò por herederos al dicho don Pedro, y a doña Antonia Galindo su hermana, en el poder para testar que dexò el dicho Pedro Gonçalez Galindo a la dicha doña Maria de Tebar su muger, que tābien se le dio mediante la exhibicion del dicho poder, è informacion sumaria dada.

El quarto, sobre que se haga inuentario de todos los bienes, y particion, tassacion, y diuision dellos, y para este efecto se nombren Contadores, y està mandado que se haga assi, y que nombre doña Maria por su parte Contador, y tassador.

A todos estos quatro pedimientos se opuso doña Maria, insistiendo en que ella auia quedado por vsufrutuaria de todos los bienes de los dichos mayorazgos, y con facultad de poder reuocarlos, y con poder especial, fuera del reseruado en las mismas escrituras de fundacion para poder alterarlos, añadir, y quitar bienes, y que assi mientras ella viuiesse no auia llegado el caso de poder tomar las dichas possessiones, ni de los bienes libres, porque los que auian quedado los auia agregado al dicho mayorazgo, por escritura otorgada por la dicha doña Maria en 7. de Mayo deste año, vsando del poder que le dio su marido en 15. de Enero del mismo año, y del que por escritura de fundacion auia quedado reseruado al que de los dos sobreuiuiesse.

A quatro articulos se ha de reduzir esta informacion, correspondiendo cada vno a los pedimientos, para que cō mas distincion se perciba el discurso.

Art.

Articulo primero.

Sobre el mayorazgo de las capitulaciones.

1 QVe en la dicha escritura de capitulacion se obligassen Pedro Gonçalez Galindo, y doña Maria de Tebar a hazer mayorazgo en el dicho don Pedro Galindo del dicho juro de trigo, casas principales, y accessorias en esta villa, y en la de Sanclemẽte, por causa onerosa del matrimonio que se auia de contraer con la dicha doña Aldonça, no se duda.

2 Solo en lo que la ay, y quiere ponerla doña Maria, es en si el dicho mayorazgo fue puro, è irreuocable desde el dia de la capitulacion, ò si fue in diem para despues de los de ambos, y cõ calidad de auerse de hazer con los grauamenes, llamamientos, y declaraciones que quisiessen poner, y assentar.

3 Y en esto tampoco no la ay, porque el mayorazgo quedò hecho desde luego pura, è irreuocablemente, y ambos extremos se fundaran euidentemente.

PRIMER EXTREMO.

Sobre auer sido puro el mayorazgo.

4 ESTO se prueua por auerle hecho simpliciter sin auer puesto dia, *vbi autem dies non ponitur præsenti die debetur: l. cum qui Kalendis 41. §. quoties, ff. de verbor. obligation. §. omnis, instit. eod.* maximè que no se hizo reserua de vsufruto (calidad necessaria para dilatar la execucion del goze, *l. quisquis, C. de donationibus, l. 9. tit. 30. partita 3.*) ni se confiriò el acto post mortem, para obligar a esta expectatiua; *l. cum pater, § filia, ff. de legatis 2. § post mortem, instit. de inutilibus stipulationib.*

5 Præterea, la dicha escritura se otorgò por causa onerosa de matrimonio futuro, y esto fue solo el plazo suspensiuo, con cuyo implemento quedò purificada la promessa: *l. plerumque, §. si ante, l. stipulationem, ff. de iure dotium, l. item quia, ff. de pactis.*

6 Y luego que la muger cumplio de su parte casandose, surtio efecto la capitulacion matrimonial correspectiua al matrimonio, constituyendo en mora a la otra parte: *l. Iulianus, §. offerri, & § ex vendito, vbi Paulus num. 3. ff. de actionibus empti, l. curauit, C. eodem, Barbosa in l. de diuisione, vbi plures refert num. 67. ff. soluto matrim.*

Deni-

7 Denique, para quitar toda duda, no se contentaron los capitulantes con hazer esta promessa simpliciter, sin señalamiento de tiempo, sino que dizen especificamente que se *obligan desde luego*; & inferius, ibi: *Que desde luego a mayor abundamiento fundan vn vinculo y mayorazgo*. Y despues en el capitulo de la inclusion de las casas de Sanclemente, dize: *Que si las vendieren, el precio se eche en censo, ò juro para el mayorazgo*. Y luego añaden: *Que sino las vendieren, desde luego quedan para el dicho mayorazgo, con los demas bienes arriba dichos*. Y auiendo puesto vna y muchas vezes la palabra, *desde luego*, a que correspōde latine la diccion, *ex nunc*, la fuerça que tiene es significar tiempo presente, ex tempore actus, *l. lecta, ff si certū petatur, glos singularis verbo*, Ex nunc, *clementina 2. de hæreticis. Tiraq. de retract. cōuent. §. 2. glos. 1. num 86. Barbosa de dictionib dict. 101. num. 5. & 6. Marta de clausulis, claus. 54. num. 7.*

8 Y aunque no dixeran *desde luego*, sino solamente *luego*, latinè, *statim*, obrara puramente sine temporis interuallo, *l. si finita, §. non autem statim, ff. de damno infecto, plures referens Barbosa dict. 333.*

9 Y por auer geminado vna y otra vez la palabra, *desde luego*, induze mayor firmeza, *l. Ballista, cum vulgatis; ff ad Trebel. plenè de vi geminationis, Mieres 1 p. q. 22. ex num. 82.*

10 Et magis constringit, que sola la promessa de hazerle por contrato reciproco de matrimonio, tiene la misma fuerça que fundarle desde luego, quia qui promisit facere per instrumentū superueniente matrimonio, statim sine alia obligatione ita obligatus manet, ac si fecisset, *vt se habet concors clasicorum opinio Alexandri, Socini, Iasonis, & aliorum in l. cum fundus, § seruum, ff. si certum pet. Paulus de Castro cons. 52. lib. 2. Parlad pluribus relatis, lib. 2. cap fin. 1. p. § 11. ampliat. 6 num. 27. Gratianus discept. Forens. cap. 115 n. 19. & 20 Menoch. cons. 92. n. 1. & 27. & cons. 962. num. 1. eiusdem Additionator cons. 1. num. 54.*

11 En nuestra misma especie, en el que prometio de hazer mayorazgo, que se tenga desde luego por hecho, tradunt *Tello in l. 22. Tauri, num. 15. Velazquez de Auendaño num. 3. & in l. 44. glos. 5. & 16. Azeuedo l. 6. tit 6. n. 4. & 126. lib. 5. recopilat. Mieres 1 p. q. 66. ex n. 1. Castillo lib. 2. controuers. c. 3. per tot. & lib. 5. cap. 67. ex num. 45.*

Nec

12 Nec dicatur, que no altera esta perfeccion auer quedado de otorgar escritura ante escriuano. Quia respondetur.

13 Primò, que en el capitulo de las capitulaciones matrimoniales, en que se trata de la fundacion del mayorazgo, no se hizo mencion de hazer escritura, y solo se hizo despues en otro diferente, donde haziendo mencion delas casas de Sanclemente, en el caso de venderse, y disponiendo que se huuiesse de subrogar entonces, dixeron, *Que dello otorgauan escritura por ante escriuano, y en forma, inserta la dicha facultad.* Atque inde insurgit, que esta mencion de escritura se refiere a solo la subrogaciõ del precio de las casas, que fue el capitulo donde se puso, *l.3. § filius inter medias, ff. de liberis & posth.*

14 Y de otra manera fuera restringir y hazer inutil y condicional la primera disposicion pura del otro capitulo primero, y quando se da este inconueniente, *clausula posita in fine, refertur tantum ad immediatè praecedentia. Menoch. lib. 4. praesumpt. 181. & cons. 611. n. 13. lib. 7. Mieres 2. p. q. 12. n. 20. in noua editione.*

15 Secundò, que esta clausula, y mencion de escritura se puso en el señalamiento de los bienes que se auian de incluir en el mayorazgo, & sic in executiuis, teniendo respeto a la execuciõ de la fundacion, y no a la sustancia della que ya auia quedado pura, y perfecta, clausula vero, quae adijcitur executioni cõtractus, no muda, ni altera la subsãcia del contrato, *glos. communiter recepta in clementin. 1. de praebendis, plenè Menoch. lib. 3. praesumpt. 36. nu. 28. Mieres qui ex allegatione multorum exornat, 1. p. q. 30. ex num. 33. in noua editione.*

16 Tertiò, que esta mencion de escritura fue para ponerse, como dize mas en forma inserta la facultad, & sic non ad substãtiam, sed in vim probationis, & amplioris formalitatis, *ex Gregorio in l. 6. glos. 1. in fine, tit. 3. p. 5. Menoch. lib. 3. praesump. 148. ex num. 6. post alios relatos a Castillo lib. 3. controuers. cap. 28. numer. 15. & 18.*

17 Quartò, que quando la mencion de la escritura, *non apponitur respectiuè ad actum, seu contractum, sed ad promissionem de futuro faciendo* (como fue en este caso, prometiendo otorgarla de lo que se capitulò) obliga precisamente al promitente, *taliter quod ad promissionem implendam, & confectionem scripturae cogi poterit, l. si sterilis, § si tibi fundum, ff. de actionibus empt. d. l. 22.*

Tau. Menoch. d. conf. 92. ex num. 27. Parlad. lib. 1. quotid. cap. 6. ex num. 1.

18 Y en el que ofrecio y prometiò fundar mayorazgo ex causa matrimonij futuri (que es nuestra misma especie) *Mieres cũ alijs quod refert d. 1. p. q. 66. num. 8 & 11.*

18 Y no solamente obliga al que promete, sino que desde luego se dà por hecha la fundacion, y obra como el mismo acto, y la parte en cuyo fauor se hizo la promessa per instrumentum, podra compeler a la otra, a ò que haga la escritura, ò vsar de la promessa, como si el acto quedara hecho desde luego, y pedir por accion del mismo contrato, vt se habet communis omniũ sententia, de qua supra nnm. & num.

SEGVNDO EXTREMO.

Sobre auer sido irreuocable el mayorazgo.

19 ESte mayorazgo le hizieron Pedro Gonçalez Galindo, y doña Maria de Tebar por causa onerosa del matrimonio con doña Aldonça, y asi quedò irreuocable desde luego, *l. 17. Tau. quæ est l. 1. tit. 6. lib. 5. recop. l. 44. Taur. quæ est l. 4. tit. 7. d. lib. 5.*

20 Y aunque en terminos de mejora se distingue, quando fue sola promessa de hazerla, o quando desde luego se dio por hecha, vt in priori casu pueda hazer las substituciones, condiciones, y grauamenes que permite la l. 27. de Toro, porque in dubio la promessa queda referida a la facultad que la ley permite en la mejora del tercio, *Mieres 1. p. q. 66. post alios, Castillo tom. 5. controuers. cap. 76. in secundo vero casu non*, esta question no es adaptable al nuestro. Lo vno, porque el mayorazgo no quedò en terminos de promessa, sino fundado desde luego. Lo otro, porque quando quedara en sola promessa, solamente pudieran despues vsar del orden de llamamientos de la ley de Toro, pero no reseruar parte, ni vsufruto en fauor de estraño, como lo es la madre respeto del padre.

21 Y quando no quedara irreuocable la fundacion por sola la causa de matrimonio con tercero, lo quedara por la clausula q̃ ay especial de irreuocabilidad, ibi: *Con obligacion de no poderlo reuocar*, & ibi: *Porque su voluntad es, que por ello solo adquiera derecho de irreuocabilidad la dicha señora doña Aldonça Fernãdez de Castilla*, porque por solo ella, aunque no interuẽga ninguno

de

de los otros tres casos que expressaron las leyes de Toro, se haze irreuocable la mejora, o mayorazgo. *Tello d l.17.ex nu.91. Molina lib.4 cap.2.n.39.& 40.Gutierrez de iuram.1.p.cap.12 num.11.lib.2.pract.q.77 per tot. Pater Molina de iustitia & iure, tract.2.disput.586.num.2.respondens ad omnia contraria, Morquecho de diuis.bonorum,lib.3.cap.6 num.52.Velazquez de Auendaño in d.l.44.Tau.glos.19.Castillo tom.5.cap.8.num.6.& 36. & post diffisius in additione eiusdem cap.& cap.109.num.19.& tomo 6.cap.119 num.35.* Tandem esta opinion communiter recipitur, reiecta alia contraria, de Angulo, Mieres, y Barbosa, a quien refutan validissimis rationibus los referidos arriba, hanc etiam probat *Additionator Molinæ lib.4.cap.2. super num.20.& super num 40.*

22 Contra estos dos extremos se hazen por parte de doña Maria diferentes replicas.

Primera replica contraria.

23 DIze doña Maria, que esta fundacion de mayorazgo no se ha de tener por pura, sino por cōferida para despues de la muerte de ambos, por auer prometido ella y su marido en la dicha capitulacion matrimonial de dar desde luego a su hijo y nuera mil ducados de alimentos en cada vn año por los tercios del mientras hiziessen vida maridable. Sed excluditur.

Satisfacion desta replica.

24 PRimò, porque esta promesa de los mil ducados de alimētos, nihil habet commune con la otra de la fundacion del dicho mayorazgo, quia à diuersis non fit illatio, *l.Papinianus exuli.ff. de minoribus*, cada vna subsiste de per se, y fuera dar correccion incontinenti de la fundacion del mayorazgo pura, y absoluta, *contra l.non ad ea.ff.de conditionibus, & demonstrat.*

25 Y querer suplir el dia de la muerte por auer hecho promesa de los mil ducados de alimentos, est diuinare, deuiendo los promitentes expressarlo, aliàs in dubio la interpretacion deue hazerse contra ellos, *l.veteribus,ff de pactis.*

26 Secundo, porque cada promesa està distinta en capitulo distinto con calidades, y condiciones distintas, la de los alimentos cessa por causa de diuorcio, ay prohibicion de no poderse obligar, ni ceder, y la del mayorazgo quedò reuocable falleciendo sin hijos doña Aldonça, y assi pudo llegar caso por donde don

Pedro

Pedro percibiesse los alimentos, y si en este caso no gozara el fruto del mayorazgo, viniera a quedar inutil vna y otra promesa: hanse de entender ambas, como vna y otra obre, *l. quoties, ff. de verborum obligat.*

27 Principalmente, que auiendo sido vna de cantidad, y otra de mayorazgo de especies, y bienes rayzes, y cada vna diuersa en diferente capitulo, esta diuersidad sola es bastante para induzir promesa duplicada, y no juzgar inclusion, ò limitaciō de la vna en la otra, *l. scire debemus, vbi Bart. & cæteri, ff. de verborum obligat.* *difusè Menoch. de arbitrarijs casu 213. num. 11 vbi ex sola diuersitate quantitatum*, & num. 26. *Quando aliqua forma, seu qualitas reperitur diuersa in secunda promissione*, & num. 27. *Quando duæ sunt stipulationes, etiam ex eadem causa, idem Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 128. per totam, & num. 15.*

28 Cum ergo hoc ita sit, quando ay dos promesas de cantidades diferentes, multo magis, quando la vna es de especie, y otra de cantidad, que en estos terminos es sin duda que obra cada vna, y no ay de vna a otra rescuentro, ni compensacion, *l. fin. C. de nouationibus, abunde Menoch. lib. 3. præsumpt. 134. ex num. 5.* nec etiam ay nouacion de iure nouiori en muchas promesas de cantidad, y aunque la vna tenga mas que la otra, vtraque debetur, *Bart. & alij, l. penult. ff. de prætorijs stipulationib. Menoch supra num. 34.* aunque huuiera repugnancia, ò incōpatilidad, *Menoch num. 39. & 40.* y no auiendola, como no la ay aqui, cessa toda controuersia.

29 En la misma especie quando ay promesa de la suerte, y otra de las vsuras, que son como alimentos, se juzga cada promesa subsistente por si; *ex text. eleganti in l. vbi autem 75. §. qui sortem, ff. de verborum obligat.* vbi, *Tot stipulationes sunt, quot sunt res.* Y siendo esto assi en promessa de cantidad, y otra de vsuras à maioritate, siendo la vna de especie.

30 Y la interpretacion mas en su fauor que pudiera sacar la parte contraria, fuera, que aunque el mayorazgo surtiesse efecto à die matrimonij (como no es negable) y no se alterasse por la promessa de alimentos, esta se huuiesse de computar con los frutos del mayorazgo, y no percebirla a vn mismo tiempo.

31 Y aun esta interpretacion no es cierta, & verius est, que vna y otra promessa se deue duplicada, cæterum pretender induzir

nouacion, o suplir plazo de la muerte en el mayorazgo que se fundò puramente, no tiene fundamento, & præter adducta aduersatur, textus in *l. si ita quis 135. ff. de verbor. obligat.* donde auiendo sido la promessa de la suerte pura, y otra de las vsuras in diem, la de la suerte non differtur ex die, seu tempore vsurarum, *l. si stipulatus 4.* ibi, *Nouandi animo, ff. de vsurijs.*

32 Y quando los alimentos se juzgan loco pœnæ, que corren durante mora sortis, esto serà, no para impedir la exaccion del mayorazgo a don Pedro, sino que estè a su volũtad pedir, o no, *pœna namque non nouat principalem promissionem in contrrctibus onerosis: l. prædia, ff. de actionibus empti, l. 34. vbi Gregorius glos. 1. & l. 35. tit. 11. partita 5.* vbi, *Vel vtramque peti potest, vel eliget creditor quod vellit.* Aora don Pedro solamẽte pide el mayorazgo, cuya possessiõ no se puede embaraçar: el otro pleito entrarà quando pida los alimentos.

Segunda replica contraria.

33 PVede dezir doña Maria, que las palabras puestas en el capitulo matrimonial, en que se dize, que a mayor abundamiento, desde luego fundan el dicho maiorazgo, miran solo a la substancia de la obligacion de hazerle, pero no a lo puro de la entrega, y que assi lo mas que pudiera don Pedro pretẽder en fuerça del dicho pacto, seria solo que sus padres hiziessen el dicho mayorazgo, o en caso de morir sin hazerle, que se tuuiesse por hecho, pero no que desde luego estuuiessen obligados a entregarle los bienes. Sed excluditur.

Satisfacion desta segunda replica.

34 REsponde don Pedro, que auiendo sido puro el dicho mayorazgo, por todo lo que queda dicho supra ex num. y siendo electiuo en el, ò vsar de la capitulacion, en que desde luego quedò hecho mayorazgo, ò pedir que se hiziesse escritura mas en forma, no tiene substancia alguna dezir, que las palabras, *desde luego*, miraron a la obligacion de hazer el dicho mayorazgo, y no a lo puro del, siendo cierto, que en los mayorazgos que se prometen hazer de bienes ciertos, y que a mayor abundamiento se dexan desde luego por hechos, no es necessario para su valor esperar, ò a que se hagan, ò a la muerte de los que hizierõ la promessa, para que muriendo sin hazerlos, se juzguen por hechos, sino que desde luego se juzgan por puros y perfectos, y ay

obligacion de entregar los bienes sin esperar a la muerte, mientras no ay reserua hecha por los fundadores del goze por sus dias.

35 Lo qual no procede assi en las promessas que se hazen de mejorar a alguno en el tercio y quinto, o de hazer mayorazgo del, porque entonces como no ay bienes ciertos de q̃ se prometio hazer, y la naturaleza y propriedad del tercio y quinto, es mirar siempre al fin de la muerte, idcirco, es menester esperar àque se haga, y a la muerte de los que hizieron la promessa: para que muriendo sin hazerle, se juzgue por hecho, *vt expressè colligitur ex l. 22. Tau. & per eam sic ingeniosè animaduertit D. Iuã del Castillo d. lib. 5. cap 67. num. 45. ad finem*, entendiendo assi *à Tello Fernandez in d. l. 22. Tau. num. 15.*

36 Vndè, pues el mayorazgo desta capitulacion fue de las casas desta villa, y de Sanclemente, y del juro del Marquesado de Villena, y auiẽdole hecho los fundadores desde luego, no huuo necessidad de esperar a que se hiziesse, porq̃ desde luego se juzga por hecho.

37 Esfuerça mucho este concepto la distincion que haze *Flores Diaz de Mena in additionibus ad Gãmam decis. 13.* seguido por *D. Iuan del Castillo d. lib. 2. cap. 3. num. 16. & 17.* quatenus, dize, que quando el contrato que se obligan a hazer, no ha de tener mas en la sustancia que tiene la promessa de hazerle, es lo mismo la promessa que el contrato, que es muy ajustado a nuestro caso, en el qual la promessa de los capitulos matrimoniales fue de hazer mayorazgo del juro y casas en don Pedro Galindo, y en los hijos de doña Aldonça, y como los bienes estauan expressados (y la palabra, *Mayorazgo*, por su naturaleza era comprehensiua de todos los de la familia, y se juzgauan por ellos solo hechos los llamamientos, y substituciones necessarias para la perpetuidad del mayorazgo, *vt tradit Molina lib. 1. cap. 4. n. 14. & post eum, & alios D. Iuan del Castillo lib. 2. cap. 22. ex num. 3. cum sequentibus*) no era menester mas para el valor del dicho mayorazgo, y por esso dixeron los contrayentes, que desde luego le dauan por hecho, y estandolo, y siendo puro, absque dubio nacio (desde luego que se contraxo el matrimonio) la obligacion de entregar los bienes.

Tercera replica contraria.

38 DIze doña Maria, que en las dichas capitulaciones en que se obligaron a hazer el dicho mayorazgo, dixeron los contrayentes que se auian de hazer en virtud de la facultad Real que tenian de su Magestad, y que auiendo en ella potestad para poner los grauamenes que quisiessen, el hazer mencion della fue lo mismo que si se huuieran puesto, y que este del vsufruto es tā ordinario ponerle los que fundan mayorazgos, reseruando por sus dias el goze delos bienes, que aunque no se expressasse en las dichas capitulaciones, se deue tener por expressado por natural de los contratos desta calidad, y porque lo que ordinariamente se suele poner, y es costumbre, se tiene por puesto aunque el escriuano lo aya omitido. Sed excluditur.

Satisfacion a esta tercera replica.

39 LO primero, que para que el dicho mayorazgo del juro del Marquesado, y casas desta villa, y de las de Sanclemente subsistiesse, no era necessaria facultad Real, porque los dichos bienes cabiā muy biē en el tercio y quinto de los fundadores, de q̄ sin llegar al vso de la facultad Real podian hazer mayorazgo en virtud de solas las leyes del Reyno, porque solo es necessario el vso de la facultad Real para lo que los bienes exceden del dicho tercio y quinto, *vt magistraliter docuit Molina lib. 2. capit. 2. num. 11.*

facultad Real no es menester de tercio y quinto.

40 Empero, quando huuiesse sido necessaria la dicha facultad para que el dicho mayorazgo valiesse, quid inde, para que se juzgue por puesto el grauamen del vsufruto, no auiendole expressādo los fundadores en la capitulacion, porque aunque por la facultad se permita el poder poner los grauamenes que los fundadores quisieren, no por esso se hā de tener por puestos si los fundadores no los ponen, porque la facultad Real no es mas que facultad, y solo para lo q̄ se vsa della produze efecto, pero no en lo que no se vsa, ni se expressa, in tantum, que aunque vno la tenga quādo haze mayorazgo, si expressamēte no vsa della, se presume en duda auerle hecho, potius, vsando de la facultad que las leyes le dan, que no de la del Principe, *vt aduertit ipse Dom. Molin. d. lib 2. cap 2. num. 13.*

41 Y assi auiendose omitido en la capitulacion la reserua del vsufruto, se ha de tener por omitida, aunque en semejantes con-

tratos

tratos se suele poner: *Nam cum ex inspectione instrumenti aliquid apparet verbis non expressum præsumitur à contrahentibus prætermissum quæ enim facti sunt, nō præsumuntur, sed probari debent, l. quæcumque, §. vlt. ff. de Publiciana in rem act. l. asseueratio, ff de non numerata pæcunia, Bald. cons. 198. num. 2. lib. 2. Aretino in l. decem num. 6. de verborum obligat. Alex. cons. 110. nu. 11. lib. 1.*

42 Lo segundo, que la regla de qua in *cap. cum M. Ferrariensis de constitutionib. & in l. quod si nolit. §. qui assidua. ff. de ædilitio edicto*: *Quod clausula quæ ex stilo solet apponi in instrumentis, habetur pro apposita, etiam si non sit scripta*, no es tan absoluta, como algunos Autores la quieren hazer, porque los textos referidos en que se fundan no la prueuan, porque el *cap. cum M. Ferrariensis*, solo prueua: *Quod ea quæ necessario sunt exprimenda, & ex natura actus subintelliguntur, censentur expressa licet omissa fuerint*. Y el §. qui assidua, solo prueua: *Quod ea quæ sunt naturalia contractus expressa censentur*, como son la euiccion, y la restitucion del precio, y otras deste genero, *prout considerat el señor Presidente Couarru lib. 1. variarum cap. 15. n. 9. & post eum Mantica de tacitis, & ambig. conuentionib. lib. 3. tit. 9. num. 34. vers. Neque.*

43 Ac proinde se han de entender limitadamente en las cosas que vienen por naturaleza del contrato, y no de otras, *vt tradit Alex. cons. 28. num. 5. & seqq. lib. 2.* vnde las cosas que son de hecho, y que miran a la substancia, por mas que aya costumbre de ponerlas en los contratos, en los que no se pusieren no se hā de juzgar por puestas, *vt post Antonium Gabriel lib. 6. communium, tit. de consuetudine, conclus. 3. num. 27. & seqq. Mascardo conclus. 299. num. 12. Moneta de commutatione vlt. volūt. cap. 7. num. 67. tradit Barbosa de clausulis, claus. 32. num. 7. Mantica post plurimos, d. tit. 9. num. 37.*

44 Y la reserua de vsufruto no viene ex natura contractus del mayorazgo, porque es vna materia accidental, que vnos la ponen, y otros no, y donde no se expressare, no se ha de juzgar por puesta, porque si huuiesse de ser assi, se auia de entender de esse modo en todos quantos mayorazgos se hiziessen, y de quantas condiciones se suelen poner en los mayorazgos, se aurian de tener por puestas en cada vno, y todo lo que por las leyes es permitido ponerse, y reduzirse a pacto, porque se suelen poner en

algunos

algunos contratos, se aurian de tener por puestas, cosa que repugna a todo derecho, como lo consideró el señor Presidente Couar. d. lib. 1. cap. 15. num. 9. vers. Similiter, vbi concludit: *Quod non debet censeri expressè omnes leges, & conditiones, quæ omissæ fuerint à contrahentibus, tametsi consuetum sit eas instrumentis eorumque conditionibus.* Y por el consiguiente no se puede tener por expressado, ni puesto el grauamen del vsufruto en el mayorazgo fundado en las capitulaciones matrimoniales.

Quarta replica contraria.

45 PVeden dezir tambien, que aunque desde luego Pedro Gonçalez Galindo y su muger dexaron hecho el dicho mayorazgo, se obligaron tambien a hazerle con los grauamenes, llamamiẽtos, y declaraciones que quisiessen poner, y que no puede auer duda en que pudieron hazer la dicha fundacion con los dichos grauamenes, llamamientos, y declaraciones, y que en la dicha escritura del año de 30. vsando de la facultad Real que tuuierõ, y reconociendo, como por la dicha capitulacion estauan obligados a hazer el dicho mayorazgo, le hizieron en el dicho don Pedro, reseruando en si, y en el vltimo de los que sobreuiuiesse el goze y vsufruto, y que lo mismo hizieron en el mayorazgo vltimo del año de 34. Segun lo qual, auiendo podido poner los grauamenes que quisiessen, y auiendo puesto este de la reserua del vsufruto, es fuerça que se juzgue por valido, y que se reconozca que no ha llegado el caso de entrar don Pedro en la possession de los bienes del dicho mayorazgo. Sed excluditur.

Satisfacion desta quarta replica.

46 PRimò se responde, que estando adquirido derecho a don Pedro, y doña Aldonça su muger, por el mayorazgo pura y perfectamente fundado en la capitulacion, no se pudo despues moderar, ni restringir por la escritura de mayorazgo que despues quisieron hazer Pedro Gonçalez Galindo y su muger, en que reseruaron el vsufruto, *ex l. perfecta donatio, C. de donationibus quæ sub modo*, cuius legis dispositio ha lugar en mayorazgos y mejoras, *vt tradit Molina lib. 1. cap. 8. num. 37. Mieres de maior. 1. p. q. 26. num. 4. & 5. & q. 44. num. 11 & Castillo lib. 3. controuers. cap. 10. ex num. 5. & num. 24. & lib. 5. cap. 76. col. 4. vers. Secus.*

47 Secundò se responde, que el auer reseruado los capitulãtes el poder hazer el mayorazgo con los dichos grauamenes, lla-

mamiẽtos, y declaraciones que quisiessen, no pudo comprehender el caso de poder reseruar el vsufruto para si, porque esto fuera reuocar lo mismo que se daua, y dezir por vna parte que quedasse irreuocable, y por otra que se pudiesse reuocar; y assi la inteligencia y virtud desta reserua, es quanto al orden de sucession, y llamamientos despues de don Pedro y sus hijos, grauamenes y condiciones que auian de cumplir, prohibicion de enagenacion, pero no contra la subſtãcia del mayorazgo, ni en propriedad, ni en vsufruto, *prout interpretantur hanc reseruationem, Simon de Petris cons. 80. num. 19. lib. 2. Mantica lib. 8. tit. 18. à n. 63. Barcio decis. 4. num. 18 Casanate cons. 57. à num. 59. Vicencio de Anna allegat. 62. num. 13. Peregrino cons. 1. nu. 10. vol. 5. optimè Zephalo cons. 528. lib. 4. Beroio cons. 115. col. fin. vers. Postremo, lib. 2. conducunt quæ tradit Mieres 1. p. q. 30. ex nu. 33. & quæst. 60. num. 8.* porque de la manera que no podia reuocar el mayorazgo vna vez hecho, menos el modificarlo, ni disminuirlo, *vt post Mieres d. p. 1. q. 44. num. 11. & alios tradit Castillo d. lib. 3. cap. 10. num. 24. y el señor Molina d. lib. 1. cap. 8. num. 37. vers. Si autem maioratus.*

48 Terciò, que a esta inteligencia assiste la propriedad de las palabras, porque la de *grauamenes*, se adapta solamente a grauar los llamados, quedando firme su llamamiento, *l. ab eo, C. de fideicommis.* & ex communi vsu, mira a poder poner algunas condiciones y grauamenes en razon de casamiẽto, nombre, y armas, y otras desta calidad, de quibus apud *Molinam lib. 2. cap. 12. & cap. 13. & cap. 14. per totum.*

49 Como en la l. 27. de Toro, que es la l. 11. tit. 6. lib. 5. recopilat. en la mejora de tercio, ibi: *Que le puedan poner el grauamen que quisieren, assi de restitucion, como de fideicomisso, y hazer en el dicho tercio los vinculos, y sumissiones, y substituciones que quisieren.*

50 Et sic pariter se interpreta la palabra, *llamamientos*, que mira al orden de substituciones.

51 Ita etiam, la palabra, *declaraciones*, que solo es declarar, y no quitar, *l. hæredes palam, §. si quid post, ff. de testamentis, l. adeò, §. cum quis, ff. de adquirendo rerum dominio, in terminis Castillo lib. 3. controuers. dicto cap. 10. num. 24. & 29. & 30.*

52 Y la palabra, *prohibicion*, mira a la enagenacion, abhorret

namque

namque à toto iure, interpretar estas palabras para ademcion de la propriedad, o vsufruto, præcipuè auiendo clausula de irreuocabilidad. *ex Mol. d. lib. 1. cap. 8. num. 37.*

53 Y la otra palabra, *quisieren*, que per se denota *libre volũtad*, cae sobre la facultad de poner grauamenes, condiciones, y subs tituciones, y assi quedò restringida a la forma sobre que se diò la facultad, y no se estiende, ni obra en lo que se excede, como es mudar y alterar la substancia del mayorazgo fundado pura y irreuocablemente, como en la dicha l. 27. de Toro, que vsò de las mismas palabras, y sobre esta ley, *Angulo glos 4. verbo, El grauamẽ*, las interpreta de la misma suerte, ibi: *Possunt ergo huic tertio, & quinto sic vinculato addi omnes conditiones, & grauamina maioratus, tam ea quæ concernunt eiusdem vinculi perpetuitatem, quàm voluntaria instituentis circa delationem nominis, & armorum dotium, alimentorumque præstationem, matrimoniique successorum: & glos. 5. verbo, Los vinculos, & glos. 6. verbo, Substituciones.*

54 Præterea se responde, que siendo mayorazgo fundado de mejora de tercio y quinto, como declara la escritura segunda, no se puede poner grauamen, ni dexar vsufruto a estraño. *l. quoniam in prioribus, C. de inofficioso testamento. l. 11. tit. 4. p. 6. Molina lib. 2. cap. 1. num 31.* porque aunque el tercio sea mejora entre los hijos, respeto de los estraños, se juzga por legitima, como lo consideran todos los que escriuen sobre la ley 27. de Toro, y lo refiere el señor *Molina lib. 2. cap. 1. nu 5. vers. Idem etiã, difusè Castillo lib. 5. controuers cap. 64. & cap. 107. & cap. 109. ex num. 36. & 54. Morquecho de diuisione, lib 3. cap. 8. num. 5.* ibi: *Vel fructibus.*

55 Vltimo se responde, que auiendo fundado este mayorazgo por capitulacion matrimonial, se adquirio ansimismo derecho irreuocable a doña Aldonça y sus hijos, *l. Diui, C. de naturalibus liberis*, de tal manera, que no se le podia poner grauamen ni condicion, aunque consintiesse don Pedro su marido, *iuxta doctrinam Baldi, l. si Præses, C. de donationibus, quæ communiter recipitur, ex Tello l. 17. Tau. num. 73. Franchis decis. 205. ex num. 1. Monter. decis. 10. & in responso pro vxoris Amita, p. 1. num 78. & 79. Valasco consult. 153. num. 2. & 4. tom. 2. Mieres 1. p. q. 22. ex num. 228. ad 240. & q. 26. ex n. 30. & nu. 32.* ibi: *Quod si sint facta*

capitula

capitula matrimonialia super successione primogenituræ, non possunt postea poni conditiones de successione extranei, & aliæ similes in præiudicium vocatorum. Molino de pactis nupt. lib. 3. q. 6. ex numer. 27. Fontanela eod. tract. glos. 9. p. 1. num. 32. Menoch. cons. 203. num. 13. & 14. lib. 3. Ludouic. Casanate cons. 56. num. 37. vbi dicit: *Quod hoc pactum respicit interesse, & commodum vtriusque cōiugis, & quod absque eo alias vxor non fuisset cōtractura.* Y demas de estar asi dispuesto por derecho, lo dize la escritura especificamente, ibi: *Porque su voluntad es, que por ella solo adquiera derecho de irreuocabilidad la dicha señora doña Aldonça Fernandez de Castilla.*

Quinta replica contraria.

56 DIze doña Maria, que auiendose hecho el dicho mayorazgo de la capitulacion, en virtud de la dicha facultad Real, y auiēdo en ella clausula para poderle reuocar todas las vezes que quisiessen hazerlo los fundadores, se ha de tener por reuocable, por mas que el dicho mayorazgo se juzgue por irreuocable, en fuerça de auer sido por causa onerosa de matrimonio hecho con tercero, *vt expressè deciditur in l. 44. Tau.* ibi: *Saluo si en el poder de la licencia que el Rey le dio estuuiesse clausula para que despues de hecho lo pudiesse reuocar.* Y que supuesto que pudieron los fundadores reuocarlo en el todo, mucho mejor pudieron poner el grauamen de la reserua del dicho vsufruto, sin que desto puedan formar agrauio don Pedro, ni doña Aldonça su muger, porque eo ipso, que vieron que sus padres se obligauan a hazer el dicho mayorazgo, en virtud de la dicha facultad Real, deuieron considerar, que quedaua sugeto a poderse reuocar, y tenian obligacion a preuenirse, como lo considerò el señor Luis de Molina, *lib. 4. cap. 2. num. 78. alter Molin. de iustitia, & iur. 3. tom. tract. 2. disputat. 587.* los quales, el vno en el num. 79. y el otro en el mismo num. 2. aconsejan, que aduiertan las personas en cuyo fauor se hazen los mayorazgos, que para que queden irreuocables, hagā que se renuncie la clausula de la facultad, que permite el poderlo reuocar. Y no auiendose vsado desta cautela, vino a quedar el dicho mayorazgo reuocable. Sed excluditur.

Satis-

57 PRimò, que en la fundacion deste mayorazgo no interuino solo para ser irreuocable, vno de los tres requisitos que la l.44. de Toro quiere que interuengan para que los contratos sean irreuocables (que fue el de auerse hecho por causa onerosa de matrimonio con la dicha doña Aldonça) sino que interuino otro requisito no aduertido por la dicha ley (que fue el que aduertimos supra num. del pacto de no reuocar) el qual se tiene por mas eficaz que ninguno de los tres casos preuenidos por la dicha ley.

58 Porque aunque en ellos, respeto del mayorazgo hecho con facultad, admite la ley la limitacion que queda ponderada en la replica que haze la parte contraria (en fuerça de que todos los tres casos de la dicha ley quedan restringidos a la calidad de la facultad, a quien en duda se presume sugetarse los que fundan mayorazgos vsando della, vt animaduertit el señor don Iuan Bautista Valençuela cons. 63. num. 33.) empero el pacto de no reuocar, no la admite, porque de solo auerle puesto resulta euidente conjetura de auer renunciado el derecho de variar, permitido por la facultad Real, *ita Velazquez de Auendaño in d.l.44. Tau. gloss. 19. num. 2. vbi refert Mieres, idem tenentem, 1. p. q. 38.* que es de opinion, que se puede renunciar el priuilegio que la facultad dà de poder reuocar los mayorazgos, *quod etiam tenuere Molin. d. lib. 4. cap. 2. num. 79. & alter Molin. d. disput. 587. num. 2.*

59 Et in terminis, que se juzgue por renunciacion expressa de la clausula puesta en las facultades para poder reuocar el auer puesto pacto de non reuocando, *tradit Mieres 1. p. d. q. 38. ex numer. 20. & 25. vbi concludit*, que con el dicho pacto queda hecha renunciacion, assi de la reuocabilidad que permite la l. 44. de Toro, como la que permite la dicha facultad, *Gutierrez pract. lib. 2. q. 77. vers. At vero, vsque ad finem.*

60 Donde dize que huuiera incompatibilidad entre el pacto de no reuocar, y la misma fundacion en virtud de la dicha facultad, porque el pacto impide totalmente la reuocacion, y la facultad la permite, con lo qual viene a suceder vna regla: *Quod inter incompatibilia positio vnius inducit renuntiationem alterius, de qua in l. similiter, §. fin. ff. de eo quod metus causa, l. hec verba, ff.*

 iii;

de verborum significat. l. si cui legatum, ff. de conditio. & demonstrat. cum alijs pluribus relatis à Valdes in additionib. ad Rodericum Suarez, in l. quoniam in prioribus, ampliatione 10. num. 48. in fine, Menoch. cons. 196. num. 20. vers. 11.

61 Y a Gutierrez, y a Mieres refiere, y sigue el Adicionador de *Molina lib. 4. d. cap. 2. num. 79.* vers. *His superaddendum*, donde concluye, que toda la fuerça del poder reuocar en virtud de la clausula de la dicha facultad, depende ex coniecturata mẽte fundatoris, *ex Gutierr. d. q. 77. num. 1.* y que con el pacto de no reuocar ay expressa voluntad de no querer reuocarlo: con que viene a cessar la tacita, y se obserua la expressa.

62 Y de aqui nace ser erronea la opinion del mismo *Mieres d. 1. p. q. 30. num. 86.* quatenus es de opiniõ, que es reuocable el mayorazgo hecho con facultad Real, aunque interuenga pacto de non reuocando, porque en esto va sobre vn supuesto, que es contrario a la comun opinion de todos, scilicet, que el pacto de no reuocar no induze irreuocabilidad, pero induziendola como realmente la induze, segun la verdadera opinion de todos los que quedan alegados, supra num. no ay que atender a si la variacion es permitida por la facultad, porque supuesto que esta queda siempre en la voluntad de los fundadores, y que ellos puedẽ renunciar el derecho della, como lo reconoce el mismo Mieres d. q. 38. absque dubio se ha de juzgar por renunciada en fuerça del dicho pacto.

63 Secundò, que atendidas vnas palabras de la dicha capitulaciõ matrimonial, se haze esto mas euidente, porque despues de auer puesto el pacto, y la obligacion de no poder reuocar el dicho mayorazgo, pusieron vna limitacion, scilicet, *Con que si en vida de los dichos señores Pedro Gonçalez Galindo, y doña Maria de Tebar su muger, y qualesquier dellos falleciere sin hijos la dicha señora doña Aldonça Fernandez de Castilla, en tal caso puedan variar el dicho mayorazgo, y fundallo en cabeça de qualesquier hijo, ò hijas que al presente tienen, ò tuuieren, porque queda en su voluntad de lo reuocar, no teniendo hijos del dicho matrimonio el dicho don Pedro Gonçalez Galindo su hijo, porque en este caso quedarà por ninguna esta fundacion de mayorazgo que se haze, è hiziere, como si no se huuiera hecho por via de contrato de causa onerosa, porque su voluntad es, q̃ por ella solo adquiera derecho de irreuocabilidad*

la dicha señora doña Aldonça Fernandez de Castilla, mientras vi uiere, y cohabitare con el dicho don Pedro Gonçalez Galindo su hijo, y descendientes, si los tuuiere del dicho matrimonio, con que fue visto reseruar solo en si la facultad de poder reuocar el mayorazgo en el caso especial de disoluerse el matrimonio sin hijos, porq̃ la limitaciō haze mas firme la regla en contrario, *l. quæsitum, §. denique, ff. de fundo instructo, glos. in rubrica de regulis iuris in 6. vbi Dinus, Bart. in l. 1. in fine, vbi Decius num. 20. Cagnolus n. 31. & 34. Barbosa axiomate 85. num. 4.*

64 Y se confirma mas con la adicion, o palabra puesta en el dicho capitulo, ibi: *Que en tal caso*, las quales son restrictiuas a solo el caso de poder variar, disoluiendose el matrimonio sin hijos, *ex l. 4. §. si ita scriptum, ff. de conditionib. & demonstrat. Menoch. cons. 327. num. 60. Peregrin. de fideicōmis. art. 29. num. 15. & 18. Iacobo Caballer. decis. 454. num. 7.*

65 Y pueden tanto estas palabras: *En tal caso*, que todos los demas, fuera del que literalmente se exceptua, quedan con disposicion contraria, aunque milite en ellos la misma, o mayor razō, *vt in terminis eorundem verborum scripserunt, Decius in l. fin. numer. 2. C. de institutionib. & substitut. Zancho. in l. hæredes mei, §. cum ita, p. 8. n. 207. ff. ad Trebellian. Menoch. cons. 216. num. 22. & cons. 326. num. 16. Mantica de coniecturis, lib. 3. tit. 14. num. 14. & tit. 19. num. 10. vers. Tertiò vero, Caualcan. decis. 81. num. 15. Rota per Farinac. decis. 267. num. 2. p. 2.*

66 Igitur, si las dichas palabras, y el dicho capitulo vinieron solo a reseruar la variacion, en el caso solo de disoluerse el matrimonio de los dichos don Pedro, y doña Aldōça sin hijos, es pretension ridicula intentar dezir, que el dicho mayorazgo quedò reuocable en todos otros qualesquier casos.

67 Ac per consequens, auiendo sido puro, è irreuocable el dicho mayorazgo de las capitulaciones, queda muy claro deuerse a don Pedro, y a doña Aldonça su muger la possession de todo el dicho mayorazgo, porque sobre la mitad del, no ay motiuo alguno de dudar por la parte del padre: porque todo lo que queda escrito en este articulo, solo se ha escrito para hazer euidente la entrega en quanto a la mitad de los bienes pertenecientes a la dicha doña Maria de Tebar, y no para la parte del padre, porque essa nullam recipit tergiuersationem.

Art.

Articulo segundo.

Sobre la mitad de los bienes del mayorazgo del año de 34. pertenecientes a Pedro Gonçalez Galindo.

68 FVera de los bienes expressados en el mayorazgo de la capitulacion, hizieron Pedro Gonçalez Galindo y doña Maria de Tebar su muger otro mayorazgo el dicho año de 34. de mas bienes, en que comprehendieron tambien los que auian expressado en el mayorazgo de la capitulacion, y por parte de don Pedro se pidio, y se le dio la possessiõ de la mitad de los dichos bienes tocante a la parte del dicho Pedro Gonçalez Galindo su padre, porque aũque por ser hecho en vna escritura se juzgue por vn mayorazgo, pero respeto de ser fundado por marido y mũger, se juzgan por dos disposiciones, vt post plurimos ab eo relatos tradit *don Iuan del Castillo lib. 2. cap. 18. nu. 7. & n. 19.* agnoscit, que aunque por la parte del que sobreuiue se puede reuocar, pero no por la del que murio; porque cõ su muerte quedo firme.

69 Desta conclusion resulta otra tan cierta como ella, scilicet, que quando los padres hazen alguna donacion a vn hijo para despues de su muerte, el dia que muere el vno, es visto llegar el caso de la entrega de la mitad de los bienes perteneciente al q̃ murio, *vt notant Bald. Cinus, Gulielmus, Albericus, & alij in l. penult. C. de impuberum, & alijs substitutionib. & ibi Iason num. 7. vbi refert hanc esse communem opinionem, & facit optimus textus in l. Lucius Titius, §. Gaio Seio, ff. ad Trebellian.* ibi respondit: *Lutiam Titiam statim tenere, vt partem dimidiam semissis ex persona Seij restituat.* Y saca del por sumario Bartulo: *Quod si duo post mortem eorum restituere rogantur, vno mortuo statim pro parte cõpetit fideicommissi petitio.* Y en terminos de donacion hecha por vn padre a vn hijo, resuelue lo mismo Iacobo Cancerio *lib. 1. variar. cap. 8. num. 43.*

70 Contra la possession que de la mitad destos bienes se ha dado al dicho don Pedro, se opone la dicha doña Maria, y haze diferentes oposiciones.

Primera

Primera oposicion de la parte contraria.

71 DIZE doña Maria, que en el dicho mayorazgo ay dos claufulas que totalmente excluyen efta pretenfion, porque en la vna dellas, *referuando los fundadores en fi, y en el que fobreuiuiere al otro, el vfufruto de todos los bienes y rentas del dicho mayorazgo durante fus vidas, y que muerto el vno, ha de gozar el que quedare viuo de todo el vfufruto enteramente.* Y en la otra: *Llaman para defpues de la vida de ambos, y no antes, a la fucefsion y poffefsion del dicho mayorazgo al dicho dō Pedro fu hijo.* Y que fiendo doña Maria vfufructuaria por fu vida de todo el dicho vfufruto, y no eftando llamado D. Pedro a la fuccefsion hafta defpues de la vida de ambos, no es vifto auer llegado el cafo de la fucefsion. Sed hæc obiectio facilè elicitur.

Refpuefta defta primera opoficion.

72 DE qualquier fuerte que fe confidere efte mayorazgo, ò por hecho por mejora de tercio y quinto, en virtud de las leyes del Reyno, ò por hecho en virtud de la facultad Real, ò por ambas cofas juntas: por ningun cafo pudo fubfiftir el grauamen de la referua del vfufruto de la mitad de los bienes pertenecientes a Pedro Gonçalez Galindo, en fauor de la dicha doña Maria de Tebar fu muger.

73 Porque fi fe confidera como mayorazgo de tercio, y quinto, y por efta parte capaz de admitir qualquier grauamen, mediante las dichas leyes del Reyno, es folo refpeto de los hijos, pero no de los eftraños, porque refpeto dellos, es el tercio legitima, y no recibe ningun grauamen, *vt per dictam legem quoniam in prioribus, & l. 11. tit. 4. p. 6. diximus fupra, num.*

74 Y fi fe confidera como mayorazgo hecho en virtud de la facultad Real, aunque en ella fe permita el poner a los hijos qualefquier grauamenes y condiciones, fe entiende de los que miran a llamamientos, condiciones, y grauamenes correfpectiuas entre los mifmos hijos, pero no fe puede eftender a poder en virtud de la dicha facultad dexar para def-

 pues

pues de la muerte de los fundadores la propriedad, o el goze del vsufruto a vn estraño, quitandoselo a los proprios hijos, porque para esto resisten dos cosas. Vna, la propriedad de la palabra, *grauamenes, llamamientos, y condiciones*, que se ponen en la dicha facultad, que ninguna dellas es admissiua de la reserua de vsufruto en fauor de estraño, *vt diximus supra artic. 1. num.* Y otra, el tenor, y letra de la misma facultad, que se dio para mayorazgo entre hijos y descendiẽtes, y mientras los ay, solo se puede poner el grauamen entre ellos, y en falta dellos en los estraños.

75 De manera, que solo se pudiera tener por valida esta reserua, en caso que Pedro Gonçalez Galindo, y su muger no tuuieran hijos, y hizieran el mayorazgo en algunos parientes transuersales, cæterum, quando ay hijos y descendiẽtes, no se puede en virtud de la dicha facultad, en perjuyzio dellos llamar a vn estraño.

76 Y aun quando se pudiera dar, caso de que la facultad permitiera el poder grauar a los hijos en fauor de los estraños, se auia de tener por injusta, porque por tal juzga el señor *Doctor Luis de Molina, lib. 2 cap. 1. num. 28.* la que se concede de poder grauar a los padres en su legitima para hazer mayorazgo en fauor de transuersales.

77 Vndè firmiter remanet, que de la suerte que la ley permite, que el padre pueda en la mejora del tercio poner al hijo las condiciones y grauamenes que quisiere (& adhuc, esto se entiende y limita por la ley entre los mismos hijos, y descendientes, y no entre los estraños, *vt patet ex d. l. 27. Tau. & quod per eam, tradit Gutierrez, post plurimos pract. lib. 3. q. 52. per totam*, taliter, que reconoce el mismo Gutierrez, que el grauamen hecho en fauor del estraño le vicia la ley, y se juzga por no puesto, vt videre est ibidem num. 15.) eodem modo deue obrar la facultad para el excesso de los bienes, de que la ley no permite a los padres disponer aun en fauor de los proprios hijos, scilicet, que toda la amplitud que por la facultad se dà, de poder poner los grauamenes que quisieren, se entiẽda a semejança de la ley de Toro.

hoc

hoc est, entre los hijos y descendientes, pero no en fauor de estraños, en perjuyzio de los hijos.

78 Y assi no ay camino alguno por donde se pueda pretender auer podido subsistir el dicho grauamen de la reserua, antes es preciso reconocer, que el dicho grauamen, como no permitido, ni por ley, ni por la facultad, se ha de repeler, y juzgar como sino se huuiesse puesto, ex d.l.quoniam in prioribus, ibi: *Ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur, & ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.*

79 Nec dicatur, que con auer presentado don Pedro esta escritura de fundacion de mayorazgo, pidiendo en virtud della la mitad de los bienes pertenecientes al dicho Pedro Gonçalez Galindo su padre, es visto auerla aprouado en todo, y no poderla impugnar en quanto a la reserua del vsufruto, *ex cap. cum venerabilis de exceptionibus, cap. cum olim de censibus.* Porque se responde.

80 Que este punto y replica tiene facil respuesta, porque la conclusion en que se funda tiene tantas limitaciones, que se puede assentar regla contraria fundada en ellas.

81 Et primò distinguimos, quando vno presenta instrumẽto que en si tiene conexidad indiuidua, sin diuision de capitulos, ò quando tiene muchos distintos y separados.

82 In primò casu, que es en el que procede la conclusion contraria, tiene por limitacion, que si contiene nulidad en alguna parte perjudicial a el producẽte, puede vsar deste derecho, sino es siendo nulidad sanable con su aprouaciõ, por pender ex sola voluntate producentis, *Bart. in l. post legatum, num. 5 ff. de his quibus vt indignis, Mascard. de probationibus conclus. 915. num. 6. Osasco decis. Pedamont. 39. num. 24. Hondedeo cons. 66. n. 53. & 54. lib. 1. Menoch. lib. 2. præsumpt. 45. ex num. 13. Craueta de antiquitate, §. viso ex nu. 35. Alex. Trentacinq. lib. 2. variarum, tit. de fide instrument. resolut. 3. num. 1. vers. Tertio declara, Tusch. lit. P. conclus. 972. num. 34. & 40.*

83 In secundò, quando instrumentum continet diuersa capitula,

pitula, si se presenta solamente en lo que es en fauor, como aqui hizo don Pedro, aunque es question muy controuertida si puede aceptar en parte, y los Autores hablan confusamente, la distincion verdadera es, que si los capitulos son diuersos, puede, y es valida la protestacion, secus, quando tienen conexidad, y dependencia inseparable, *l. publia, §. fin. ff. depositi, Bartol. l. Aurelius, §. idem quæsit. num. 3 ff. de liberatione legata, Mascardus de probat. conclus. 915. num. 20. Osasco decis. 39. num. 28. Alex. Trentacinq. d. resolut. 3. tit. de fide instrument. num. 1.* vers. *Tertio præfata, Azeuedo in l. 1. num. 54. tit. 3. lib. 4. recopilat.*

84 Y es mas sin duda que vale la protestacion quando el instrumento no es propio otorgado con el mismo produciente, sino ageno otorgado entre otras personas, como lo es este, *Craueta de antiquitate, §. viso, num. 83. & 34. Mascard. d. concl. 915. num. 19. Osasco d. decis. 39. num. 26. Tuscho d. lit. P. conclus. 972. nu. 134. Alexander Trent. d. resolut. 3. de fide instrument.* vers. *Tertio præfata, Azeuedo in l. 3. num. 18. tit. 5. lib. 4. recopilat. Scaccia de iuditijs lib. 2. cap. 11. num. 59.*

85 Los Autores que han tenido contra la aceptacion en parte, se entienden quando la escritura tiene conexidad inseparable, ò quando no la tiene, si se otorgò con el mismo que la produze, quia tunc no la puede impugnar como hecho propio.

86 Secus, quando es agena otorgada entre otras partes, quia tunc la aceptacion in partibus, que resulta de la produccion, no causa aprouacion en el todo contra el producente, porque el solo la presentò, y aprouò en lo que era en su fauor, hæc fuit noua declaratio, *Zasij prout refert, & sequitur Azeuedo d. l. 3. num. 16. tit. 5. lib. 4. Menoch. d. lib. 2. præsumpt. 45. num. 21. Mascard. d. concl. 915. num. 23. latè Scaccia de iudicijs lib. 2. cap. 11. ex num. 52. & num. 56. & num. 429. Hondedeo cons. 78. num. 88. lib. 2. Tuscho d. lit. P. concl. 972. num. 3. & 96.*

87 Ex dictis deducitur, quan friuola es la objecion contraria, y quan contra el vso y estilo de todos los Tribunales,

po-

porque don Pedro presentò la fundacion del mayorazgo, en quanto hazia por si,como llamado,y auer muerto su padre sin auer reuocadolo,con cuya muerte dize auer surtido efecto,y asi pide possesion de la mitad de los bienes acrecentados por esta segunda escritura; lo qual quando tuuiera conexidad,siendo asi que don Pedro dize de nulidad cõtra lo demas que en ella està dispuesto, en auerse dado comision reciproca de alterar y reuocar, y hazer reserua de vsufruto,este derecho de nulidad no se le quita por la presentacion,pues no puede el aprouar el mayorazgo, vt iacet en perjuyzio de los demas,*l.peto,§.fratre,ff.delegat.*2. ni las nulidades,por ser tan contra derecho son sanables con su aprouacion,*l.nemo potest.ff. delegatis 1.*

88 Y si esto es cierto, suponiendo conexidad inseparable del instrumento, quando son diuersos los capitulos y clausulas,como en este,y que es instrumento ageno,no tendrà duda,sino que la aceptacion se pudo hazer en parte, y no auer induzido aprouacion en lo demas que era contra si. Y si la parte contraria se vale,aceptando lo que es en su fauor, no excluye a don Pedro de dezir,y alegar de nulidad, como lo ha hecho.

Segunda oposicion de la parte contraria.

89 DIze doña Maria en segundo lugar,que en la misma escritura de mayorazgo ay otra clausula, que impide totalmente a don Pedro la entrada en la possesion de la mitad de los bienes pertenecientes al dicho Pedro Gonçalez Galindo,en la qual ambos fundadores *reseruaron en si, durantes sus vidas,el poder reuocar, alterar, anular, añidir, o quitar,en todo ò en parte, el dicho mayorazgo,y vẽder, acensuar, obligar,è hipotecar los bienes y rentas del, y boluerle a hazer de nueuo,lo vno,y lo otro a su libre voluntad y eleccion: y muerto el vno,el que quedasse viuo auia de tener la misma facultad,y poder,y autoridad para poderlo hazer,y desde luego se dieron pôder irreuocable el vno al otro,para el dicho efecto: y quisieron, que lo que ambos hiziessen juntos, ò el vno despues de muerto el*

 otro,

otro, se guardasse y cumpliesse inuiolablemente: y que el poder durasse todo el tiempo que viuiesse el sobreuiuiente, sin que pudiesse espirar por ninguna causa; y prorogaron el termino que fuesse necessario, aunque passasse del que los comissarios suelen tener. Porque mediante esta clausula, està doña Maria en tiempo de poder alterar y mudar el dicho mayorazgo, y hazerle de nueuo, llamando de sus hijos y nietos al que quisiere; y que asi no puede tener entrada don Pedro a pedir la mitad destos bienes, y que por el consiguiente no se le pudo dar la possession dellos. Sed hæc obiectio facilimè etiam eliditur.

Respuesta desta segunda oposicion.

90 QVE la facultad que su Magestad dio a Pedro Gonçalez Galindo para reuocar el mayorazgo vna vez hecho, se entiende personal, y no la pudo delegar, ni substituyr, por ser acto de voluntad propia incesible, *l. si stipulatus fuerim 78. l. centessimis 46. § si ita,* ibi: *Si antequam constituas moriaris, l. si decem 48 ff. de verborum obligat. Molina lib. 2. cap. 4. num 62. alter Molina de iustitia, & iure, disput. 592. num. 16. tom. 3. Mieres 1. p. q. 44. num. 103. & q. 48. ex num. 190. Caldas de nominat. emphit. q. 9. num. 29. & 30. & q. 12. num. 24. in fine, planè Castillo lib. 5. controuers. cap. 87. ex num. 16.*

91 La reuocacion es acto de voluntad contraria, y como la voluntad se extingue con la muerte, l. 4. ff. locati, no auiẽdo reuocado en vida el acto queda firme, *cap. si delegatus, § 1. de officio delegat. in 6. Couarruu. lib. 3. variarum cap. 15. num. 3.* hablando en el precario que requiere reuocacion para que no se continue, y dize, que sino se ha reuocado en vida no cessa con la muerte.

92 Demas que el acto de reuocacion tiene implicita voluntad personal, de tal suerte, que aunque vno aya hecho vna mejora en contrato reuocable con reserua de la facultad de poderlo reuocar siempre que quisiere, aunque cometa (despues de auerla hecho) algun delito por donde se confisquen sus bienes, adhuc tamen no passa en el Fisco, ius illud reuocandi, *vt resoluit Tello Hernandez in l. 17. Tauri ex num.*

num.128.vsque ad num.132.vbi refert Sigismundum Lofredũ cons.5.num.17. y da Tello por razon la que puede ser decisiua deste punto, scilicet, *quia verba nostræ legis solum personæ donantis concedunt hanc facultatem* (sequitur & facit) *ideò extra personam non egreditur illa facultas.* Y lo mismo refiere y sigue el señor *Molina lib.4.cap.11.ex num.18. vsque ad numer.24.vers.Sed quamuis opinio ista.*

93 Vltra de que ay palabras en la facultad que induzen esto mismo, porque en el capitulo que permite la reuocaciõ, dize, *Para que vosotros podais*, y aquel pronombre, *vosotros*, es relatiuo de la misma persona, vt inferiùs, *En vuestra vida, ò al tiempo de vuestro fallecimiento*, ex quibus verbis se limitò a que antes de su muerte hiziesse la reuocacion, y no despues, porque fuera exceder de la facultad, si se admitiesse la hecha post mortem, deuiendo entenderse estrechamente, sin hazer extension de caso a caso, *cap.susceptum de rescript.cap.cui non sacerdotali de præbendis in 6. Molina lib.2. cap.4.num.48.& lib.4.cap.15.num.14.*

94 Subsequuntur etiam alia verba facultatis, ibi: *Quando quisieredes*, & ibi, *A vuestra libre voluntad*, las quales como se confieren en la voluntad libre del impetrante, denotan su explicacion personal, *l.fideicommissa 11. §.si fideicommissum, ff.de legat.3.* ibi: *Cum voluerit tractum habet quandiu viuat is à quo fideicommissum relictum est: l.si sic legatum 78. in fine, ff.de legat.1.Tello Fernandez, d.l.31.Tau.* ibi: *Eo quia voluntas commissarij, non est voluntas testatoris, cum voluntas sit anima volens, & in animabus datur distinctio, cũ Bald. & Angelo quos refert.*

95 Et sic en estos mismos terminos, que no auiendo vsado de la facultad del Principe en vida, espire con la muerte, como priuilegio personal. Castillo in l.43.Tau.num.2. Azeuedo in l.2.num.14.ad finem, tit.7.lib.5.recopilat.

96 Y que no auiendolo hecho en vida, no pueda cometerlo para despues de su muerte. Gregorio Lopez in l.6.tit.11. partita 6.glos.verbo, *Non valdra*, q.18.vers.*Sed pone*, Mieres de maioratu, 4.p.q.11.num.18.& 47.

Pariter,

97 Pariter, quando el testador nombrò comissario, o executor para algun acto, no puede substituir, ni subdelegar, porque es visto eligirse la industria dela persona, *cap. 1. §. fin. de testament. lib. 6. Tellus d. l. 31. num. 4. Gomez numer. 6. Cifuentes num. 5. Gomez Arias num. 6. Matienço in l. 1. gloss. 8. num. 2. tit. 4. lib. 5. recopilat. Azeuedo l. 6. d. tit. 4. n. 12. Mieres 2. p. q. 48. num. 195. in noua editione.*

98 Et ex eadem ratione, la facultad para enagenar dada al posseedor, no passa al sucessor, porque se reputa dispensaciõ personal. *Molina lib 4. cap. 5. num. 37. Pater Molina de iustitia & iure, tom. 3. disput. 652. num. 5. Mieres 4. p. d. q. 11. ex num. 18. Azeuedo l. 2. num. 14. in fine, tit. 7. lib. 5.*

99 Sic etiam, quando comete el testador a voluntad de otro la nominacion de sucessor en el tercio y quinto, o mayorazgo, no passa a su heredero, sino la hizo en vida. *Bart. in l. illud aut illud, num. 2. ff. de optione legata, per legẽ si quis Titio, §. fin. ff. de legat. 2. Antonio Gomez 2. tom. variar. cap. 11. num 41. Molina lib. 2. cap. 4. num. 6. abundè Mieres d. 2. p. quæst. 48. ex num. 190. & 195.* el qual alega a este proposito la l. 33. y 36. de Toro.

100 Y no passando al sucessor, ò heredero, resulta consequẽcia ineuitable, que no se puede ceder, ni substituir, *quæ enim non transeunt ad hæredes, per cessionem non transeunt: l. ex pluribus 43. vbi sic summat, Bart. ff. de administratione tutorum, Iason in l. si constante, n. 236. ff. soluto matrimonio.*

101 Nec obstauit si se dixere, que la conclusion del señor Doctor Luis de Molina, d. lib. 2. cap. 4. num. 62. no habla quando el comissario es el mismo que elige y nombra (como lo es doña Maria de Tebar) a quien su marido le cometio el poderlo hazer, y que no siendo el punto sobre si ella puede substituir, o subdelegar la comissiõ, sino sobre si ella puede vsar del poder de su marido, no puede ser aplicable la doctrina referida. Quia respondetur.

102 Que no se ha de considerar doña Maria como primer comissario, sino como segundo, inspecta facultate Principis, en cuya virtud su marido fundò mayorazgo, porque como dize el señor *Molina lib. 4. cap. 3. numer. 8. in principio.*

Quando

Quando aliquis actus non potest fieri absque alterius licentia cēsetur ab illo factum esse qui licentiam concessit. Y assi auiendo sido Pedro Gonçalez Galindo a quien se le dio y cometio, y fue el primero que vsò della, viene a ser doña Maria su muger el segundo en quien se subdelegò y substituyò, que hiziesse y vsasse lo que la facultad le cometio a el, atque ita son los mismos terminos de lo que dexamos fundado cerca de la facultad que se da a vno de eligir, o enagenar, o hazer mayorazgo, o reuocarle, que todos son actos de voluntad personal, no transmissibles ad hæredem, ni cessibles, ni substituibles, y que espiran con la muerte, y corre la misma razon que en el comissario que nombra el testador, quando testa auctoritate propria, que no puede subdelegar, y el mismo ha de hazer el acto: y menos el comissario del Principe, a quien dio la facultad, quia tunc cum auctoritate aliena actum exerceat, debet id per ipsum expediri non tamen loco sui alium substituere.

103 Y se sale de toda duda inspecto tenore verborum, de quibus supra num. que como ponderamos, induzen voluntad personalissima, y aunque aliàs el acto fuera de suyo cessible, bastaran para limitar en estos terminos la conclusion, quando fuera contraria, y mas no siendolo, sino antes en fauor.

104 Nec minus obstauit, si se dixere, que aunque de derecho comun distingan todos, scilicet, que si bien la substancia de la disposicion, no se puede dexar en voluntad agena, empero, que la calidad accessoria a la substancia, qual es la execucion, ò declaracion de la persona incierta, ex certis, se puede dexar, *ex l. cum quidam, ff. de legat. 2. Molin. lib. 2. c. 4. n. 3. Mieres 1. p. quæst. 48. n. 3. Castillo in numeros adducens lib. 2. c. 6. & lib. 4. c. 36. per totum*, y que oy cessa todo, estante la disposicion de la l. 31. de Toro, por la qual, assi la substancia de la disposicion, como la execucion y declaraciō, se puede cometer post mortem, *ex Castillo d. cap. 6. ex num. 35. & lib. 4. cap. 36. ex num. 3. & 8. & 56. & 46. & 61. Molina, en sus annotaciones, num. 9. vers. Insuper.* Porque se responde.

105 Que la l. 31. de Toro procede en el testador que dispone de su hazienda iure proprio, & auctoritate propria, y no por comission, ò facultad agena del Principe. Primo caso, permite la ley, que pueda delegar, y testar por otro, secus verò, quando por comission agena, que en tal caso, como la comission se juzga personal, no podrà subdelegar, ni substituir, no auiẽdo el Principe dado facultad especial para ello, como no puede el comissario, que el testador nombra, quãdo testa propria auctoritate, y este caso es el nuestro en el qual concluyen sin replica las razones que fundamos supra, num.

106 Y es mas indubitable, cõcurriẽdo enla facultad palabras inductiuas de personalidad, y voluntad propria que alli ponderamos, quibus concurrentibus, ninguno ha tocado el pũto, ni podrà poner duda.

107 Y aunque Molina, y Castillo, perfunctoriè hazen mencion de auer precedido facultad, no disputan, ni resueluen otra question, sino solamente la que toca a la ley de Toro, en quanto es correctoria del derecho comun, y *Molin. d. cap. 4. ex num. 3. & 7.* hablò en terminos de comission de eleccion de incerto ex certis, sobre mayorazgo fundado, en que se podia etiam de iure communi, ex omniumque sententia, se aprueuan todos los mayorazgos de eleccion.

108 Y quando el, y Castillo se entiendan en la institucion del mismo mayorazgo, & sic en la substancia de la disposicion, es preciso restringirse a los terminos de la ley de Toro, quando el testador puede disponer iure, & auctoritate propria, sin valerse de facultad agena: y se conforma en los llamamientos con la ley 27. de Toro.

109 Sed, quando se vale de la facultad del Principe, y en su virtud funda mayorazgo con llamamientos diferentes, nomine, & auctoritate Principis (porq̃ el no podia, atque ita ex cõmissione aliena) no podrà subdelegar, ni substituir, y menos auiendo palabras en la comission de voluntad personal, nec visum, nec auditum, que el que tiene facultad Real para hazer mayorazgo, no auiendole fundado en vida,

aya

aya cometido y dado poder a otra persona para hazerle des pues de su muerte, con llamamientos diferentes de la ley de Toro; tunc namque plura obstant. Primò, que la gracia espirò con su muerte. Secundò, que se eligio su volũtad personal. Tertiò, que està adquirido derecho a los hijos, ò otros sucessores, a quien no se puede perjudicar ex actu subsequuto post mortem patris, vt in simili circa cõfirmationem Principis, *Molin lib.2 cap.7.num.20.& 33.& 66.*

110 Y no se ha de regular este mayorazgo, como de mejora de tercio y quinto, sino como hecho de la legitima, en virtud de facultad Real, porque se hizo vsando della, reseruando solamente alimentos a los demas hijos, y sin ella no se podia, ni hazerle de bienes señalados, como se hizo, *ex l.3. tit.6.lib.5.recop.*ibi: *Pero mandamos, que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer a otra persona alguna*, ni se podian hazer los llamamientos que hizieron, dexando, como dexaron de llamar todos los hijos naturales de hijos, y hijas, y demas descendientes, y los parientes transuersales de ambos, llamando antes dellos los estraños, como fue obras pias, contra el orden de la l.27.de Toro: y para hazer mejora, no señalò para que, ni en quien, como requiere la l.31. de Toro al fin. Con que viene a ser preciso, que todo este mayorazgo se refiera a la facultad, pues aliter no puede valer.

111 Y siendo como es indiuiduo, porque assi lo hazen y fundan, hase de eligir la via por donde en todo quede valido, *l.3.ff.de militari testamento cum similibus, Molin.lib.2.cap.7.num.70. & cap.15.num.33.* Y no se puede hazer diuision en parte, como no se hizo quando se fundò indiuiduo de mejora de tercio y quinto, que no se separa el quinto del tercio, *Mieres 3.p.q.8.num.17.exactè Castillo lib.5. controuers. cap.100.ex num.13.*

112 Y quando se regulara como mejora, es llano que se auia de computar solamente en ella lo que cupiesse en el tercio y quinto, en todo lo demas que excedio era preciso hazer relacion a la facultad Real, y con este supuesto esta fundacion

dacion incluye de nueuo los mismos bienes del mayorazgo primero fundado por la capitulacion matrimonial, que bastan para lo que cabe en el tercio y quinto, y en primer lugar se han de computar en el, por auer sido primera donacion, *l.10.tit.6.lib.5.recopilat.* y asi se reputa por excesso toda la demas hazienda que se aumentò, de que no podian, sino es con facultad Real, en cuya virtud no pudo subdelegar en otro.

113 Denique, la facultad de reuocar quando sin perjuyzio de la verdad la supongamos por valida, no se pudo en virtud della haziendo mayorazgo, como se hizo, aplicarse el vsufruto a doña Maria siendo estraña, deuiendo por la facultad Real, y tambien por via de mejora, conforme a la l.27. llamar los hijos y descendientes, sin reseruar, ni defalcar nada para estraño, ni en propiedad, ni en vsufruto.

114 Y asi concluimos con este articulo diziendo, que este mayorazgo quedò perfecto, è irreuocable cõ la muerte de Pedro Galindo en quanto a la mitad de sus bienes, como si no huuiera dado la comision que dio a su muger para reuocarlo, por tener las nulidades, y defectos que quedan fundados.

Articulo tercero.

Sobre la possession pro indiuiso de los bienes libres.

115 COSA assentada es, que en el poder que dexò Pedro Gõçalez Galindo para testar, instituyò por su heredero a don Pedro su hijo, juntamente con doña Antonia su hermana, para que por iguales partes huuiessen los bienes, de que no dexaua dispuesto, y siendo don Pedro, como es heredero instituydo, funda en la possession pro indiuiso que pidio, y sele dio, *ex l.fin.C.de ædicto Diui Adriani tollendo l.3.tit.3. lib.4.recopilat. exacte Parladorius lib.2 cap.5.ex num.1.*

116 Oponese contra esto doña Maria, y dize, que por la escritura que otorgò en siete de Mayo deste año, en que vsò del poder dado por su marido en la escritura de fundacion

del dicho mayorazgo,para poder mudar,añadir,y quitar,y del poder que el dicho su marido le dio en 15. del mes de Enero deste año,para lo mismo,incorporò,yagregòen el dicho mayorazgo todos los bienes libres que quedaron del dicho Pedro Gonçalez Galindo despues de pagadas sus deudas, y que estando incorporados los dichos bienes, y siendo ella vsufrutuaria de todos, tampoco ha llegado el caso de la dicha possession. Sed hæc obiectio parum obstat.

117 Porque como queda dicho,esta comission y facultad que Pedro Gonçalez Galindo dexò a su muger fue nula, y aun quando huuiera sido valida no pudo en virtud della acrecentar mayorazgo en perjuyzio de la legitima deferida a los hijos, ni aplicar el vsufruto para si,como largamente queda fundado en el articulo precedente.

118 Et nunc addimus,que todas las razones que impiden dar comission para hazer mayorazgo, post mortem pariter, militan para reuocar el hecho,*l.fideicommissa*,§. *sic fideicommissum,ff de legat.3.Costa lib.1.selectarum,cap.21.num.11.* imò fortius,concluyen,porque estando ya fundado por el testador requiere mas especial comission para la reuocacion,y no basta la general,*l.si hominē,ff.mandati,l.34.Tauri Tellus num.1.& alij Mieres d.p.1.q.48.ex num.39.* En el primero caso solamēte se trata de aliquid faciendo En este segundo,tam de destruendo iam facto,quam de alio de nouo faciendo,& sic duo vincula vno fortiora, §. *si vero pater inst.de adoptionib.auth.de vterinis,& consanguin.in principio.*

119 Y quando tuuiera duda la nulidad de la reserua del vsufruto en que don Pedro se funda,adhuc tamen, no podia su madre embaraçarle la possession executiua que como a heredero le pertenece,porque el punto de la reserua del vsufruto,y facultad,requiere mas conocimiento de causa, y toca a la via ordinaria,porque la question dudosa,y controuertida en derecho,se equipara a la excepcion de hecho para reseruarla a otro juyzio,*Menoch.de adipiscenda,remed.4.num.759.in fine,Marescoto lib.1.variarum cap.121.num.8. Statilio Pacifico de Saluiano inter dicto cap.2.ex num.69.*

120 Y es tan sumaria, y priuilegiada, y executiua la missiō de possession del heredero que no la impide, ni se tiene por legitimo contraditor el que se funda en derecho, ò dominio dudoso, *Parladoro lib.2.cap.5.num.9.* ni el legatario ni otro que en el juyzio de particion aya de lleuar mas, ò menos, *Parlad. vbi supra n.24. dicens*, que cō fiança se assegura, y cō cluye, *n.25.* que toda excepcion que requiere mayor cono cimiento de causa se reserua para despues de dada la possession, *l.3.§. ibidem, ff. ad exibendum*, y en el legatario, *& alijs Cessar Argelo de legitimo contradictore q.2. art.11. ex n.276. per legem non dubium, C. de legatis.*

121 Fuera de que toda la pretension de doña Maria para impedir la immisiō de possessiō, assi de los bienes de mayo razgo, como de los libres, se reduze, a que siendo como es ella vsufrutuaria de todos, no puede don Pedro entrar a posseer, porque su llamamiento è institu ciō no es hasta despues de la muerte de ambos.

122 Sed, quando no assistieran los fundamentos que quedan ponderados, bastaua el considerar, que quando ay hijos legitimos, y testa el padre, dexando a su muger por vsufrutuaria de todos sus bienes, solo vale el legado del vsufruto, en quanto cabe en el quinto de los bienes de que puede disponer libremente en perjuyzio de los hijos, *ex l.9. tit.5. lib. 3. fori, vt post plurimos resoluit don Iuan del Castillo, lib.1. de vsufruct. cap.45. num.13. & 14.*

123 Y aqui no ay quinto en que pueda caber, porque el tercio y el quinto estan consumidos con el mayorazgo irreuo cable, que en las capitulaciones fundò el dicho Pedro Galindo, y assi no ay materia en que pueda caber este legado de vsufruto, ni con el impedirse la possession al heredero, de cu ya mano es fuerça que aya de recibir el legado (que es la ra zon en que se fundan todos los que son de opinion, de que el legatario no puede impedir la possession al heredero, vt manet dictũ, ni el donatario, a quiē para despues de sus dias hizo el testador donaciō de algunos bienes, prout resoluit *Cessar Argelo de acquirenda posses. q.3. art.15. ex num.807.*)

Maximè,

124 Maximè, que por mas que parezca la muger instituyda en el vsufruto, y don Pedro en la propriedad, siendo como el es hijo, y la muger estraña respeto del marido, y el el instituydo por heredero, solo puede ser ella juzgada por legataria, *prout in terminis tradit Cessar Argelus de acquirenda posses. q. 9. art. 1. num. 20. & 21.*

125 Vnde, siendo como es punto tan claro el de la nulidad de la reserua del dicho vsufruto: y quando no lo fuera, dependiendo su valor y subsistencia de la verificacion de si cabe, ò no en el quinto, y de si le ay despues de cumplido el mayorazgo de las capitulaciones (para lo qual debe ser necessario preceder primero el juyzio diuisorio, porque aunque la cobrança de los legados sea executiua, no se entiende en los padres que testan teniendo hijos, porque estos tales como no puedẽ testar en su perjuizio mas que de solo el quinto, necessitan de auerse de verificar primero, si caben ò no los legados para poderse cobrar, *vt tradit Mieres 1. p. q. 52. ex num. 58. vsque ad finem.*) no parece que puede auer camino por donde se pueda embaraçar la dicha possession, ni dexarsela de dar a vn hijo, que aun en vida del padre le juzga la *ley in suis, ff. de liberis & posth.* casi por señor de los bienes.

Articulo quarto.

Sobre el inuentario, y nombramiento de Contadores, y tassadores.

12 EN quanto al inuentario està llana doña Maria de hazerle, y no ha sido mucha su llaneza, porque pretendiendo como pretende ser vsufructuaria de los bienes del dicho Pedro Gonçalez Galindo, esto solo la constituìa en obligacion de hazerle, *ex l. cum oportet, §. non autem, C. de bonis quæ liberis, & quod per eam tradit el señor Luis de Molina lib. 1. cap. 28. n. 3. & 4* y es tan precisa esta obligacion, q̃ no la puede remitir el testador, *vt aduertit idem Molina vbi supra n. 13. & 14.*

Solo

127 Solo en lo q̃ no està tã llana, es en el nombrar Contadores, y tampoco se puede escusar de nombrarlos, para que se sepa y liquide lo que toca a cada vno, *ex l. hac ædictali, C. de secundis nupt. per quam omnes agnoscunt*, deuerse hazer en todos los juizios diuisorios, *vt tradunt Ayora 1. p. cap. 3. ex principio. Aluaro Valasco de partitionib. cap. 9. in princ.* en cuyos juyzios deuen entrar todos los heredrros en la possession proindiuiso hasta el fin de lo que a cada vno se adjudica, *l. 1. & ibi glos. verbo*, Non nocet, *ff. familiæ erciscundæ*, porque en estos juizios cada vno es actor y reo, *l. inter cohæredes. §. si familiæ in fine, ff. eod. l. iudicium 10. ff. communi diuidundo.*

128 Atque ex his se ha de determinar en fauor de don Pedro en todos quatro articulos: y assi lo espera. Salua in omnibus, &c.

Licen. Don Sebastian Zamorano de Venavides

Impresso en Madrid
por Anders de Parra,
Año 1635.